Current Issue Review 89-11E

ABORIGINAL RIGHTS

Wendy Moss
Law and Government Division

8 November 1989
Revised 23 May 1990

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1990

Cat. No. YM32-1/89-11-1990-05E

ISBN 0-660-13693-7

N.B. Any substantive changes in this publication which have been made since the preceding issue are indicated in **bold print.**

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

91-02073/

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ABORIGINAL RIGHTS

ISSUE DEFINITION

Aboriginal rights is a term that conceivably covers the broadest range of matters of special concern to aboriginal people, from aboriginal title, treaty rights and self-government to cultural and religious rights. In the context of Canadian federalism, the term defines the relationship between aboriginal people, collectively and individually, and the provincial and federal governments. Aboriginal rights arise from the simple historical fact, expressed by Mr. Justice Judson of the Supreme Court of Canada in Calder, that "When the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries." The law relating to aboriginal rights has traditionally been characterized more by grey areas than legal certainties. The concept of a legally defined doctrine of aboriginal rights has taken on new significance since the enactment of s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, which states "the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." Attention has been focused on the use of the word "existing" in this section. A series of First Ministers' Conferences with aboriginal participation, from 1984 to 1987, failed to produce substantial amendments to s. 35 and in particular, agreement on whether aboriginal right to self-government should be constitutionally recognized as an inherent right enforceable at law or in the form of delegated federal or provincial authority and contingent on agreements to be negotiated later. Subsequently, aboriginal rights litigation has significantly increased. Unless constitutional talks are revived, litigation will continue to be the only

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

process available for determining the practical implications of s. 35 and its relationship to other parts of the Constitution. In the negative sense, aboriginal rights litigation is concerned with determining the extent to which provincial and federal legislative powers may not apply to aboriginal people because of specific legal rights flowing from unextinguished aboriginal title, treaties, the Constitution, international law and other sources. In the positive sense, aboriginal rights litigation involves determining the scope and content of collective property rights and of any residual sovereignty of aboriginal people that may take precedence over federal and provincial legislative powers.

BACKGROUND AND ANALYSIS

A. Background

Aboriginal people have always occupied a unique constitutional position in Canada. For example, they are the only group of people to whom a distinct head of power refers: s. 91(24) of the Constitution Act, 1867 gives the federal government exclusive jurisdiction over "Indians and lands reserved for the Indians." This distinct position was enhanced and made more express with the enactment of special provisions relating to aboriginal rights in the Constitution Act, 1982: ss. 25, 35, 35.1 and 37 and 37.1, of which s. 35 is the most important. Because s. 35(1) protects only "existing" aboriginal and treaty rights, the state of aboriginal rights law prior to 1982 is relevant in any analysis of the effect of the section.

British colonial powers did not arrive in the "New World" with a defined set of legal principles relating specifically to aboriginal rights. Colonial theory on this subject was developed in an ad hoc manner as European settlement moved westward. The result was an inconsistent treatment of Canada's aboriginal people in respect to land and other rights. This inconsistency is demonstrated by the fact that large parts of Canada are not covered by treaty (most of Quebec, B.C. and the two territories) and by the existence of different types of treaties, ranging

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

from treaties of peace and friendship (in the Maritimes, for example) to those dealing with various questions such as land cession, hunting rights and government services (the numbered western treaties).

The pattern of obtaining cessions of land rights and establishing reserve lands in advance of non-native settlement only began after the Royal Proclamation of 1763, which prohibited sales of Indian lands to private interests and stipulated a specific procedure for government acquisition.

Until recently, aboriginal rights litigation was primarily concerned with determining the extent to which the territory of Canada is subject to aboriginal title. Case law has clearly established that surrender of aboriginal title can be made only to the federal Crown and that, upon surrender, the aboriginal interest (outside of the territories) immediately passes to the provincial Crown, producing an unencumbered Crown title to such lands. However, the case law has not been very informative on the scope and content of aboriginal title.

The few cases to have reached the Supreme Court of Canada have not said much more than that aboriginal title exists at common law, independently of the application of the Royal Proclamation of 1763, and that in certain circumstances aboriginal title may give rise to a fiduciary (trust) obligation on the part of the federal government.

In the 1985 decision, Guerin v. The Queen (S.C.C.), Mr. Justice Dickson (as he then was), along with three other members of the Court, stated that aboriginal title is a unique interest that is not properly described as a beneficial interest or as a personal "usufructuary" right. Mr. Justice Dickson stated:

> The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title that goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading.

In the 1989 Supreme Court of Canada case Canadian Pacific Ltd., the Court stated:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> The inescapable conclusion of the Court's analysis of Indian title up to this point is that the Indian interest in land is truly sui generis. It is more than the right to enjoyment and occupancy although, as the Chief Justice pointed out in Guerin, it is difficult to describe what more in traditional property law terminology.

Case law in the 1970s has provided some guidance on the requirements of establishing the existence of aboriginal title (Hamlet of Baker Lake v. Min. of Indian Affairs).

Before the late 1960s, aboriginal title issues were typically raised in cases between the two levels of government or between individuals holding conflicting property interests granted by the two levels of government. Several significant cases in this area were decided without any aboriginal litigants. There was also a long period when the Indian Act prohibited the collecting of funds for the purposes of aboriginal rights litigation. The continuing narrow focus of land claims litigation in the early 1970s is said to have resulted from the influence of non-native lawyers.

Aboriginal title cases now typically involve much more than mere property rights questions. Current litigation is raising questions such as the extent to which indigenous political and legal orders have been preserved along with aboriginal title and whether or not an inherent right to self-government exists and has been guaranteed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982. The Gitskan Wet'su'weten case argued in early 1990 before the British Columbia Supreme Court (House of Delgam Uukw and Others v. The Queen) is an example and is perhaps the most significant aboriginal title case to reach Canadian courts. **(A decision had not been rendered as of 22 May 1990.)**

The Supreme Court of Canada has not defined the nature of "Indian" treaty rights any more specifically than the concept of aboriginal rights.

The Supreme Court has enunciated several guiding principles for the interpretation of "Indian" treaty rights. Treaties are to be given a fair, liberal and generous interpretation, and any ambiguity is to be resolved in favour of the aboriginal party. Treaties are to be construed

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

in the sense they would naturally have been understood by the aboriginal party; evidence, by conduct or otherwise, of how the parties understood the treaty is of assistance in determining content (Simon and Nowegijick cases).

Apart from aboriginal title cases, most of the litigation currently before the courts regarding the interpretation and effect of s. 35 is focused on the degree to which treaty and aboriginal rights to hunt and fish may be regulated and diminished by federal and provincial legislation.

B. Federal Land Claims Policy

Prior to 1973, the federal government took the position that aboriginal title did not exist as a concept in Canadian common law. The 1973 Supreme Court decision in Calder and other lower court decisions caused the government to reverse this position and to issue a formal policy to govern an out-of-court process for negotiating the settlement of claims based upon unextinguished aboriginal title. Such claims have been termed "comprehensive claims" because settlement agreements are expected to deal with a wide range of issues from land entitlement to wildlife management.

Current policy is also intended to address "specific claims." These claims are regarded as constituting specific legal obligations arising out of treaties, other agreements, or from federal management and administration of Indian assets.

The process of reaching agreement on comprehensive and specific claims has been very slow. The process and many aspects of the policy itself have been severely criticized by organizations representing aboriginal people.

Between 1973 and 1989, only three Final Agreements respecting comprehensive claims were reached: the James Bay and Northern Quebec Agreement (1975), the Northeastern Quebec Agreement (1978) and the Inuvialuit Final Agreement (1984). In 1990, two additional Final Agreements in the North have been concluded but not yet ratified (the Dene/Metis claim in the N.W.T., and the Council of Yukon Indians claim in the Yukon). A third may reach Final Agreement stage in 1990 - the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Tungavik Federation of Nunavut claim in the Eastern Arctic. Once this agreement is concluded, the focus will shift to the many outstanding comprehensive claims in British Columbia. Although 19 comprehensive claims have been accepted for negotiation, the federal government limits the number of claims under active negotiation to six.

The success of the comprehensive claims policy is greatly hampered south of the 60th parallel because Crown lands required for settlement purposes are held in right of the province. For example, the status of land claims discussions in British Columbia has been virtually deadlocked as a result of the provincial government's refusal to recognize in any way the legitimacy of aboriginal title claims or any provincial responsibility to contribute to their settlement.

The government had recognized over 500 specific claims as of January 1989. The rate at which settlements are being reached indicates that it will take well into the next century to process the backlog of claims in both categories.

Federal land claims policy attempts to address some but not all of the aboriginal title claims currently being asserted. For example, the federal government generally refuses to acknowledge the validity of aboriginal title claims in most of the Maritime provinces, claiming that aboriginal title has been "superseded by law." The government argues that the actions of successive governments before and after Confederation in opening up lands for settlement, granting lands by letters patent, granting rights to third parties and setting aside Indian reserve lands, had the effect of overriding and implicitly extinguishing aboriginal title in all lands other than Indian reserves. This position is one of the most highly disputed aspects of federal claims policy. Aboriginal rights advocates argue that extinguishment of aboriginal title, prior to 1982, at a minimum required an express intent to do so.

Comprehensive claims policy is also criticized for an undue emphasis on extinguishing aboriginal rights, for the federal government's dual role as a party and adjudicator of claims, and for the use of restrictive legal opinions in assessing claims. A revision of the comprehensive claims policy in 1986, following a federal task force report

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

on the question, has failed to answer many of the major criticisms. Some of the policy changes, however, such as the decision to allow resource revenue sharing as a potential element of claims settlement, have been welcomed by the aboriginal community.

One criticism unanswered by the 1986 policy revision is the unclear distinction between specific and comprehensive claims. This is a major element of the well-publicized and ongoing dispute between the federal government and the Lubicon Lake Band. The Lubicon people were overlooked in the 1899 negotiations of Treaty No. 8, and a 1949 federal promise to supply a reserve has been embroiled in various delays and controversies.

A fundamental area of dispute is the federal position that the title of the Lubicon was extinguished by Treaty No. 8 because the territory to which the treaty was intended to apply includes Lubicon land. In this view, the Lubicon claim is essentially a treaty claim and the federal obligation is limited to compensation to be determined by the terms of the 1899 treaty. The Lubicon, on the other hand, consider themselves to have an unextinguished aboriginal title to their traditional lands and, therefore, a comprehensive claim, open to settlement on the more expansive terms typical of modern claims agreements.

Those concerned with aboriginal affairs have serious doubts about the ability of the current federal policy to resolve effectively the issue of outstanding land claims, particularly in regions south of the 60th parallel. A special committee of the Canadian Bar Association expressed such doubts in a 1988 report entitled Aboriginal Rights in Canada: An Agenda for Action. Several observers have called for legislation and an independent body to monitor and facilitate the process of claims settlement; the current arrangement is to have the entire process managed internally by the federal government through the Department of Indian Affairs and the Department of Justice. The House of Commons Standing Committee on Aboriginal Affairs is planning to review the process of specific claims negotiations in the fall of 1990 and subsequently to review the comprehensive claims negotiation process.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. The Constitution Act, 1982, s. 35(1)

Apart from possible developments at the international level on the question of indigenous rights, the status of aboriginal rights in Canada will be determined by litigation regarding the effect of s. 35(1) on the legislative powers of the federal and provincial governments. Of special interest is what restrictions, if any, have been imposed by this section on federal jurisdiction over "Indians and lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the Constitution Act, 1867.

Section 35(1) states: "The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed." Discussion about the legal effect of this has focused on the interpretation of the terms "affirmed and recognized" and "existing."

The proposition that the words "affirmed and recognized" involve a simple acknowledgment of aboriginal and treaty rights with no substantive legal effect or constitutional entrenchment has been rejected by most legal authorities and all courts so far addressing the issue. The general approach of the courts has been to interpret s. 35 as offering some form of constitutional protection to these rights. As a rule, the courts rely on s. 52 of the Constitution Act, 1982 to hold that a regulation or legislative provision is of no force or effect where it is inconsistent with an unextinguished treaty or aboriginal right. Section 52 provides that any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The word "existing" has generated considerable academic debate and conflicting court decisions. However, there is general agreement that "existing" refers to aboriginal or treaty rights that had not been extinguished prior to the enactment of the Constitution Act, 1982 (17 April 1982). In other words, "existing aboriginal and treaty rights" is read as "unextinguished aboriginal and treaty rights." A distinction is usually drawn between a right that has been extinguished by legislation and a right that has been suspended or rendered unexercisable by validly enacted provincial or federal legislation. Several courts have accepted the test suggested by Professor Kent McNeil that a right is existing if it would be restored by the repeal of the legislation affecting it. This

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

means that a treaty or aboriginal right that has not been extinguished but merely limited or restricted by legislation is an existing right within the meaning of s. 35.

The primary focus of s. 35 litigation has been whether existing aboriginal and treaty rights continue to be subject to either past or future regulation or whether s. 35(1) has the effect of restoring aboriginal and treaty rights to their original form. In this regard, three distinct interpretations of s. 35 have been advanced in the legal literature and endorsed by different courts.

1. The Frozen Rights Theory

The "frozen rights theory" has received the least endorsement from courts and academics. This view of s. 35 holds that aboriginal and treaty rights are 1) entrenched as modified and restricted by legislation and regulation enacted as of 17 April 1982, and 2) protected against any further impairment by regulations enacted after 17 April 1982. This would have the effect of entrenching past restrictions of aboriginal rights and possibly prevent any modification to those restrictions without constitutional amendment.

2. The Original Rights Theory

This theory has received somewhat greater support. It maintains that by s. 35 existing aboriginal and treaty rights are restored to their original form and full effect. Past or future regulations impairing such rights are or will be of no effect (R. v. Arcand and R. v. Flett).

3. Continuing Regulation for Reasonable or Valid Purposes

Regarded as a compromise between the two more extreme positions stated above, this approach has so far been the most popular. It holds that past and future regulation affecting aboriginal and treaty rights must be examined on a case-by-case basis and upheld if enacted for a "valid legislative concern" such as conservation or safety. This view maintains that aboriginal rights are not absolute or immutable and must be treated like other rights in the Canadian legal system - as subject to a

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

balancing of interests and values in respect to competing interests (Sparrow and R. v. Agawa cases).

Underlying the conflict between the three approaches is a fundamental conflict over the nature of aboriginal rights. The frozen rights and continuing regulation theories are consistent with a view of those rights as creations of positive law, as rights or entitlements created by some act of recognition or grant from the Crown. The original rights theory is more consistent with a view of aboriginal rights as pre-existing rights. Professor Douglas Sanders takes the view, based on his analysis of international law and several Supreme Court decisions, that the essential validity of aboriginal rights derives from the aboriginal legal order prevailing before European contact. The resolution of this conflict will carry significant implications for the unresolved issue of whether any residual sovereignty has been maintained by any of the aboriginal peoples of Canada. The first case heard by the Supreme Court of Canada involving the interpretation of s. 35 was Sparrow v. R. in the fall of 1988. As of 22 May 1990, no decision had been rendered.

The vast majority of s. 35 litigation involves determining the effect of the section on aboriginal and treaty rights to hunt, fish and trap. Prior to 1982, the federal Indian Act operated to exclude the application of provincial laws conflicting with treaty-protected rights. In the case of conflict between a treaty or aboriginal right and federal legislation, federal power prevailed by virtue of s. 91(24) of the Constitution Act, 1867. In the absence of conflicting treaty rights, provincial regulations of general application have restricted the rights of aboriginal people to hunt off reserve.

The status of the law relating to aboriginal and treaty hunting rights prior to 1982 is being challenged in many aspects. In particular, s. 35 has thrown into doubt previously settled law that federal legislation prevails over treaty rights. Conflicting decisions have been rendered and there is no doubt that the matter will soon reach the Supreme Court of Canada.

Also important is s. 35(3), which provides that "treaty rights" in s. 35(1) include rights in existing and future land claims

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

agreements. This is regarded as providing substantive constitutional protection to these agreements. The federal government takes the position that self-government matters are to be negotiated separately from the claims settlement process in order to avoid constitutional entrenchment of a right to self-government "through the back door." This policy was reviewed by Cabinet and reaffirmed in February 1990. Claims agreements negotiated with the Cree and Naskapi in 1975 and 1978, however, provide for a subsequent negotiation of self-government legislation for the groups concerned. A provincial court decision in Quebec, Eastman Band v. Gilpin, held that the federal legislation enacted pursuant to these agreements, the Cree-Naskapi (of Quebec) Act, has been constitutionally entrenched and cannot be altered without a constitutional amendment. It is not clear whether it is possible to exclude self-government arrangements from the protection offered by s. 35(1) and (3) when negotiations on self-government are clearly connected to the claims settlement process.

Section 35(2) defines the term "aboriginal peoples" as including "Indian, Inuit and Metis." This has added to confusion over the meaning of "Indian" for constitutional purposes in general and in particular for s. 91(24) of the Constitution Act, 1867, which grants jurisdiction to the federal government over "Indians and lands reserved for the Indians." In 1933, the Supreme Court of Canada held that the word "Indians" in that provision encompasses the people then known as "Eskimos," now referred to as "Inuit." Thus, it is not clear whether the word "Indians" in s. 91(24) includes Metis and non-status Indian people. The federal government has denied any responsibility for the Metis since 1921 (when a federal policy of making land and money grants to western Metis towards the extinguishment of their aboriginal title was regarded as completed).

D. Constitution Act, 1982, s. 25

Section 25 of the Constitution Act, 1982 in essence states that the provisions of the Charter of Rights and Freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from "any aboriginal, treaty or other rights and freedoms that pertain to the aboriginal people of Canada."

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Kenneth Lysyk has said that the salient feature of s. 25 is that it does not purport to create new rights but rather to ensure that the rights and freedoms of aboriginal people existing independently of the Charter are not diminished by it. Section 25 is most commonly referred to as a shield, protecting aboriginal rights from being adversely affected by Charter rights; that is, as a simple non-derogation clause, having no substantive legal effect on aboriginal rights on its own.

E. Constitution Act, 1982, ss. 37 and 37.1

Sections 37 and 37.1 of the Constitution Act, 1982 required the holding of a series of constitutional conferences on matters directly affecting the aboriginal peoples of Canada and invitations for participation in these conferences by representatives of the aboriginal peoples. Only the conference held in 1983 resulted in further amendment to the provisions enacted in 1982. An amendment (s. 37.1) extended the required number of conferences from one to "at least two additional conferences." Two subsections were added to s. 35. Subsection 35(3) provides that "treaty rights" in subsection (1) include existing and future land claims agreements; subsection 35(4) provides that "Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons." Section 35.1, which was also added in 1983, provides that before any amendment is made to s. 91(24) of the Constitution Act, 1867 or to sections 25, 35 or 35.1 of the Constitution Act, 1982, a constitutional conference with aboriginal participation must be convened.

As mentioned above, the conferences failed to produce agreement on how to entrench an aboriginal right to self-government and no further conferences have been scheduled. Notably, s. 37.1 does not exclude the convening of further conferences on the subject matter of aboriginal rights. This lies within the discretion of the Prime Minister, except as specified under s. 35.1.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

F. Cross-Cultural Perspectives on Aboriginal Rights

Much of the discussion concerning aboriginal land claims and the constitutional position of aboriginal peoples is taking place within the context of the developing common law doctrine of "aboriginal rights." There are some in the aboriginal community, however, who question whether it is appropriate for aboriginal people to attempt to advance their collective political and legal interests through a theoretical construct controlled by the dominant non-aboriginal community. In a 1989 article in Canadian Woman Studies, Mary Ellen Turpel, an aboriginal lawyer and professor, has questioned the extent to which an aboriginal rights doctrine arising out of a liberal democratic tradition can be compatible with aboriginal values concerning community responsibility, spirituality, land, family and social life. She has raised the question whether the current legal framework for discussing aboriginal rights just serves "to limit the possibilities for genuine acknowledgment of the existence of Aboriginal Peoples as distinct cultures and political communities possessing the ability to live without external regulation and control."

PARLIAMENTARY ACTION

The first modern claims settlement was ratified by federal legislation, the James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act, S.C. 1976-77, c. 32. The Northeastern Quebec Agreement settling the aboriginal land claims of the Naskapi of Quebec is an addendum to the James Bay Agreement and was ratified by Order-in-Council in 1978. The second and last major claims settlement, the Inuvialuit Final Agreement, was ratified by the Western Arctic (Inuvialuit) Claims Settlement Act, S.C. 1984, c. 24.

The most important legislative action in recent years was the enactment of constitutional provisions respecting aboriginal and treaty rights in the Constitution Act, 1982, Schedule B of the Canada Act, 1982 (U.K.), 1982, c. 11 (sections 25, 35 and 37). These provisions were added to by the Constitution Amendment Proclamation, 1983.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

CHRONOLOGY

1725 - First of a series of pre-Confederation peace treaties was entered into between indigenous people in the Maritimes and the British colonial government.

1763 - The Royal Proclamation of 1763 codified a developing colonial practice of obtaining land cessions from indigenous people in advance of settlement.

1867 - Constitution Act, 1867, s. 91(24) was enacted, empowering the federal government to pass legislation respecting "Indians and lands reserved for the Indians."

1871-1921 - A series of major numbered treaties was negotiated covering the prairie provinces, and parts of B.C., Ontario and the two territories.

1870s-1921 - A series of "Halfbreed Commissions" travelled with the treaty commissions to deal with Metis claims to aboriginal title through land and money scrip grants.

1876 - First consolidated Indian Act was passed, imposing a uniform system of band government subject to federal control.

1889 - In St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen, the British Privy Council decided that aboriginal title as a "personal and usufructuary right" was alienable only to the Crown, a position rejected by the Supreme Court of Canada in the 1980s.

1969 - The federal government issued a White Paper recommending the abolition of all legal distinctions between indigenous people and other Canadians. The policy was completely rejected by indigenous groups, who asserted the validity of their unique constitutional position. This led to the withdrawal of the White Paper.

- The federal government announced its intention to meet its lawful obligations to indigenous people.

1960s & 1970s - Substantial indigenous activism on land claims and other issues led to various changes in federal aboriginal affairs policy and land claims research projects across the country.

1973 - The Supreme Court of Canada decision in Calder v. A.G. B.C. caused the federal government to reverse its position that aboriginal title was not a concept existing in Canadian common law.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

1973 - The federal government announced comprehensive and specific claims policies to deal with claims based upon unextinguished aboriginal title, unfulfilled treaty rights and other legal obligations.

1974 - The James Bay and Northern Quebec Agreement was reached to settle the claims of Cree and Inuit in northern Quebec. Negotiations started before comprehensive claims policy announced.

1980s - Aboriginal rights litigation increased substantially. Decisions of the Supreme Court of Canada emphasized that aboriginal title interests were unique legal interests capable of giving rise to federal liability.

1982 - Constitution Act, 1982 enacted with three provisions relating to aboriginal and treaty rights (ss. 25, 35 and 37).

1983 - Constitution Amendment Proclamation extended the schedule for First Ministers' Conferences on aboriginal rights in the Constitution and amended the 1982 provisions.

1984 - Inuvialuit Final Agreement for the settlement of claims of the Inuit in the Western Arctic - the first and only final claims agreement reached through the comprehensive claims process itself.

1985 - A federal task force to review comprehensive claims policy issued its report "Living Treaties: Lasting Agreements."

1986 - The federal government announced changes to its comprehensive claims policy.

1987 - The Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development held hearings on the comprehensive claims policy but did not report.

1988 - A Special Committee of the Canadian Bar Association reviewed aboriginal rights issues and policies and made 30 recommendations in its report Aboriginal Rights: An Agenda for Action.

1988 - The Supreme Court of Canada heard arguments in the first case on s. 35 of the Constitution Act, 1982.

1990 - Final Agreements were reached with the Dene/Metis of the Northwest Territories and the Council of Yukon Indians, regarding their comprehensive claims. An Agreement-in-Principle was reached with the Tungavik Federation of Nunavut (Eastern Arctic).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SELECTED REFERENCES

Aki-Kwe/Mary Ellen Turpel. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms." Canadian Woman Studies, 10:149, Summer/Fall 1989.)

Canadian Bar Association. Aboriginal Rights in Canada: An Agenda for Action. Ottawa, 1988.

Cumming, Peter and Neil Mickenberg, eds. Native Rights in Canada. 2nd ed. Indian-Eskimo Association and General Publishing Co., Toronto, 1972.

Department of Indian Affairs and Northern Development. Outstanding Business: A Native Claims Policy. Supply and Services, Ottawa, 1982.

Department of Indian Affairs and Northern Development. Living Treaties: Lasting Agreements (Report of the Task Force to Review Comprehensive Claims Policy). Ottawa, 1985.

Department of Indian Affairs and Northern Development. Comprehensive Land Claims Policy. Supply and Services, Ottawa, 1987.

McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada." (1982), 4 Supreme Court Law Review, 254-265.

Morse, Brad, ed. Aboriginal People and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada. Carleton University Press Inc., Ottawa, 1985.

Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada (Sections 25 and 35." The Canadian Charter of Rights and Freedoms. Ed. G.A. Beaudoin and E. Ratushny, Carswell, Toronto, 1989, 707-738.

Weaver, Sally. Making Canadian Indian Policy the Hidden Agenda, 1968-70. University of Toronto Press, Toronto, 1981.

CASES

Calder v. Attorney-General of British Columbia [1973] S.C.R. 313.

Canadian Pacific Ltd. v. Paul [1989] 1 C.N.L.R. 47, [1988] 2 S.C.R. 654.

Guerin v. The Queen [1984] 2 S.C.R. 335.

Hamlet of Baker Lake v. Min. of Indian Affairs (1978), 87 D.L.R. (3d) 342.

Noweqijick v. The Queen [1983] 1 S.C.R. 29.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

R. v. Agawa [1988] 3 C.N.L.R. 73 Ont. C.A.

R. v. Arcand [1989] 2 C.N.L.R. 110, Alberta Court of Queen's Bench.

R. v. Flett [1989] Manitoba Judgment No. 416, 1 September 1989.

Simon v. The Queen [1985] 2 S.C.R. 387.

Sparrow v. R., 9 B.C.L.R. 300, B.C.C.A. decision pending on appeal to the S.C.C.

Bulletin d'actualité **89-11F**

LES DROITS DES AUTOCHTONES

Wendy Moss
Division du droit et du gouvernement

Le 8 novembre 1989
Révisé le 23 mai 1990

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1990

N° de cat. YM32-1/89-11-1990-05F

ISBN 0-660-93048-X

N.B. Dans ce document, tout changement d'importance fait depuis la dernière publication est indiqué en **caractère gras.**

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES DROITS DES AUTOCHTONES

DÉFINITION DU SUJET

L'expression "droits des autochtones" englobe un vaste éventail de questions qui intéressent particulièrement les peuples autochtones, depuis les titres ancestraux, les droits découlant des traités et l'autonomie politique jusqu'aux droits culturels et religieux. Dans le contexte du fédéralisme canadien, cette expression désigne la relation entre les autochtones, comme groupes et comme particuliers, et le gouvernement fédéral et les provinces. Les droits des autochtones découlent d'un simple fait historique que le juge Judson de la Cour suprême du Canada, a rappelé dans l'affaire Calder, à savoir que "lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles". Traditionnellement, les lois relatives aux droits des autochtones se sont distinguées davantage par leurs zones grises que par les certitudes juridiques qui s'en dégagent. Le concept d'une doctrine des droits autochtones définie dans la loi a acquis une nouvelle importance depuis l'adoption du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, qui se lit comme suit: "Les droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés". C'est le mot "existants" qui a retenu l'attention. Entre 1984 et 1987, plusieurs conférences des premiers ministres auxquelles des autochtones avaient été invités à participer ont eu lieu, mais elles n'ont pas permis de produire des modifications de fond à l'article 35 ni, en particulier, d'arriver à une entente sur la question de savoir si le droit des

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

autochtones à l'autonomie politique devait être reconnu dans la Constitution comme un droit juridique inhérent ou comme une forme de délégation de pouvoirs fédéraux ou provinciaux qui ferait l'objet d'ententes devant être négociées plus tard. Depuis, le nombre de causes relatives aux droits des autochtones portées devant les tribunaux a considérablement augmenté. À moins que le dialogue constitutionnel ne reprenne, les poursuites resteront le seul moyen de déterminer les répercussions pratiques de l'article 35 ainsi que son rapport avec d'autres parties de la Constitution. D'un point de vue négatif, les litiges portant sur les droits des autochtones visent à déterminer dans quelle mesure les peuples autochtones peuvent être soustraits à l'exercice de pouvoirs législatifs provinciaux et fédéraux en raison de droits juridiques précis découlant de titres ancestraux non éteints, de traités, de la Constitution, du droit international et d'autres sources. D'un point de vue positif, ces litiges permettent de déterminer l'étendue des droits fonciers collectifs et de toute souveraineté autochtone résiduelle qui pourrait l'emporter sur les pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux.

CONTEXTE ET ANALYSE

A. Contexte

Les peuples autochtones ont toujours eu un statut unique dans la constitution canadienne. Par exemple, ils sont le seul groupe visé par le paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, qui donne au gouvernement fédéral l'autorité exclusive sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens". Cette place distincte a été rehaussée et précisée par l'adoption de dispositions spéciales relatives aux droits des autochtones dans la Loi constitutionnelle de 1982: les articles et paragraphes 25, 35, 35(1), 37 et 37(1), l'article 35 étant le plus important. Comme le paragraphe 35(1) ne protège que les droits ancestraux ou issus de traités "existants", les lois relatives aux droits des autochtones datant d'avant 1982 doivent être prises en considération dans toute analyse des répercussions de cet article.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Les autorités coloniales britanniques ne sont pas arrivées dans le "nouveau monde" avec un ensemble de principes juridiques définis en ce qui concerne les droits des autochtones. À cet égard, la théorie coloniale a évolué au gré des besoins, à mesure que la colonisation européenne s'étendait vers l'Ouest. Par conséquent, le traitement des droits territoriaux et des autres droits des peuples autochtones du Canada n'est pas uniforme. Ce manque d'uniformité est évident lorsque l'on considère que de grandes régions du Canada ne font l'objet d'aucun traité (la majeure partie du Québec, la Colombie-Britannique et les deux territoires) et qu'il existe toute une variété de traités, depuis les traités de paix et d'amitié (dans les Maritimes, par exemple) jusqu'aux traités portant sur diverses questions comme la cession de terres, les droits de chasse et les services gouvernementaux (les traités numérotés de l'Ouest).

La pratique qui consiste à obtenir la cession de droits territoriaux et à établir des terres de réserve avant l'installation de colons non autochtones n'a commencé à avoir cours qu'après la Proclamation royale de 1763, laquelle interdisait la vente de terres indiennes à des intérêts privés et précisait la procédure d'acquisition par le gouvernement.

Jusqu'à récemment, les litiges en matière de droits des autochtones visaient d'abord et avant tout à déterminer quelle étendue du territoire canadien est assujettie à des droits ancestraux. La jurisprudence a clairement établi le fait que les titres ancestraux ne peuvent être cédés qu'au gouvernement fédéral et, qu'après la cession, les intérêts des autochtones (à l'extérieur des territoires) doivent être immédiatement transférés au gouvernement provincial, de façon à ce que les droits de la Couronne sur ces terres soient libres de tout lien. Cependant, la jurisprudence ne nous renseigne pas beaucoup sur la portée et le contenu des titres ancestraux.

Les quelques causes qui se sont rendues jusqu'à la Cour suprême du Canada ne nous ont pas appris grand-chose de plus outre le fait que les titres ancestraux existent dans la common law, indépendamment de l'application de la Proclamation royale de 1763, et que dans certaines

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

circonstances, les titres ancestraux peuvent imposer une obligation fiduciaire au gouvernement fédéral.

Dans la décision qu'ils ont rendue en 1985 dans l'affaire Guerin c. La Reine (C.S.C.), le juge Dickson et trois autres membres de la Cour ont déclaré que les titres ancestraux constituaient un intérêt unique qu'on ne peut décrire correctement comme un droit bénéficiaire ou un droit personnel de la nature d'un usufruit. Selon le juge Dickson:

> Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que la Couronne est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur.

En 1989, dans la cause du Canadien Pacifique, la Cour suprême a déclaré:

> La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu'à maintenant de l'analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit sui generis sur leurs terres. Il s'agit de quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation bien que, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt Guerin, il soit difficile de décrire ce quoi en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens.

Dans les années 70, la jurisprudence a donné quelques indications quant à la nécessité d'établir l'existence de titres ancestraux (Hamlet of Baker Lake c. Le ministre des Affaires indiennes).

Avant la fin des années 60, les questions relatives aux titres ancestraux étaient en général soulevées lors de causes opposant les deux niveaux de gouvernement ou des particuliers en conflit à cause d'intérêts fonciers incompatibles accordés par les deux ordres de gouvernement. Plusieurs cas importants dans ce domaine ont été entendus sans qu'aucun autochtone ne soit partie au litige. Il y a également eu une longue période pendant laquelle la Loi sur les Indiens interdisait la collecte de fonds à des fins de contestations en matière de droits autochtones. La portée étroite des causes relatives aux revendications

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

territoriales du début des années 70 est, selon certains, attribuable à l'influence d'avocats non autochtones.

Les affaires relatives aux titres ancestraux abordent maintenant en général bien d'autres questions que les droits fonciers, savoir, par exemple: dans quelle mesure l'ordre politique et juridique autochtone a été préservé en même temps que les titres ancestraux; et s'il existe un droit inhérent à l'autonomie politique et, dans l'affirmative si celui-ci est garanti par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982. La cause Gitskan Wet'su'weten qui est actuellement entendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique (House of Delgam Uukw et autres c. La Reine) est un exemple typique à cet égard, et c'est peut-être la cause relative aux titres ancestraux la plus importante à être portée devant les tribunaux canadiens. Au 21 mai 1990, aucun jugement n'avait encore été rendu dans cette cause.

La Cour suprême du Canada n'a pas défini la nature des droits "indiens" découlant de traités de façon plus précise que le concept des droits des autochtones.

La Cour suprême a formulé plusieurs principes directeurs pour l'interprétation des droits "indiens" découlant de traités. Les traités doivent être interprétés de façon juste, libérale et généreuse et toute ambiguïté doit être résolue en faveur de la partie autochtone. Il faut donner aux traités le même sens que lui aurait naturellement donné la partie autochtone; l'interprétation du traité par les parties, à en juger par leur conduite ou autrement, aide à en déterminer le contenu (affaires Simon et Nowegijick).

Mises à part les causes relatives aux titres ancestraux, la plupart des affaires actuellement devant les tribunaux concernant l'interprétation et les répercussions de l'article 35 visent à déterminer dans quelle mesure les traités et les droits de chasse et de pêche des autochtones peuvent être réglementés et restreints par des lois fédérales et provinciales.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. Politique du gouvernement fédéral à l'égard des revendications territoriales

Avant 1973, le gouvernement fédéral était d'avis que les titres ancestraux n'existaient pas dans la common law canadienne. La décision, rendue en 1973, par la Cour suprême dans l'affaire Calder et d'autres décisions d'instances inférieures ont obligé le gouvernement à modifier ses vues et à publier une politique officielle pour régir le processus de négociation hors cour des revendications territoriales fondées sur des titres ancestraux non éteints. De telles revendications ont été qualifiées de "revendications globales", car les ententes de règlement devaient traiter tout un éventail de questions allant des droits fonciers à la gestion de la faune.

La politique actuelle vise également les "revendications foncières particulières". Ces revendications concernent des obligations juridiques précises découlant de traités, d'autres ententes ou de la gestion et de l'administration des avoirs indiens par le gouvernement fédéral.

Le processus de règlement des revendications globales et particulières a été très lent. Ce processus et de nombreux aspects de la politique elle-même ont été sévèrement critiqués par des organismes représentant les peuples autochtones.

Entre 1973 et 1989, seulement trois conventions définitives relatives aux revendications globales ont été signées: la Convention de la Baie James et du Nord québécois (1975), la Convention du Nord-Est québécois (1978) et la Convention définitive des Inuvialuit (1984). En 1990, deux autres Conventions définitives relatives au Nord ont été conclues (la revendication des Dénés et des Métis des Territoires du Nord-Ouest et la revendication du Conseil des Indiens du Yukon, au Yukon); elles n'ont toutefois pas encore été ratifiées. Une troisième revendication - celle de la Fédération Tungavik de Nunavut dans l'est de l'Arctique - pourrait atteindre l'étape de la Convention définitive en 1990. Une fois cette Convention conclue, l'attention se portera sur les nombreuses revendications globales encore en suspens en Colombie-Britannique. Même

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

si 19 revendications globales ont été retenues à des fins de négociation, le gouvernement fédéral limite à six le nombre de revendications en négociation active.

En janvier 1989, le gouvernement avait reconnu plus de 500 revendications particulières. Au rythme auquel ces revendications sont réglées, il faudra compter jusqu'au milieu du siècle prochain pour traiter l'arriéré de revendications des deux catégories.

Le succès de la politique relative aux revendications globales est grandement compromis au sud du 60e parallèle, car les terres de la Couronne visées par les revendications sont détenues du chef de la province. Par exemple, les discussions sur les revendications territoriales en Colombie-Britannique en sont pratiquement au point mort à cause du refus du gouvernement provincial de reconnaître de quelque façon que ce soit la légitimité des revendications des titres ancestraux ou une responsabilité provinciale quelconque dans l'atteinte d'un règlement.

En janvier 1989, le gouvernement avait reconnu plus de 500 revendications particulières. Au rythme auquel ces revendications sont réglées, il faudra compter jusqu'au milieu du siècle prochain pour traiter l'arriéré de revendications des deux catégories.

La politique fédérale en matière de revendications territoriales vise à traiter seulement certaines revendications relatives aux titres ancestraux. Par exemple, le gouvernement fédéral refuse en général de reconnaître la validité des revendications relatives aux titres ancestraux dans la plupart des provinces Maritimes, sous prétexte que la loi prévaut sur les titres ancestraux. Le gouvernement prétend que les mesures prises par les gouvernements avant et après la Confédération en ce qui a trait à l'octroi de terres pour la colonisation, à l'octroi de terres au moyen de lettres patentes, à l'octroi de droits à des tiers et la mise de côté de terres pour des réserves indiennes ont eu pour effet d'annuler et d'éteindre implicitement les titres ancestraux à l'égard de toutes les terres autres que les réserves indiennes. Cette position est l'un des éléments les plus controversés de la politique fédérale en matière de revendications. Les défenseurs des droits des autochtones disent qu'avant

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1982, il fallait à tout le moins une intention expresse en ce sens pour éteindre les titres ancestraux.

La politique relative aux revendications globales a également fait l'objet de critiques à cause de l'importance indue qu'elle attache à l'extinction des droits des autochtones, du double rôle que joue le gouvernement fédéral comme juge et partie et des avis juridiques restrictifs utilisés pour l'évaluation des revendications. En 1986, une révision de la politique relative aux revendications globales, par suite du rapport d'un groupe de travail fédéral chargé d'étudier cette question, n'a pas tenu compte de plusieurs des principales critiques. Toutefois, certaines modifications à la politique, comme la décision de permettre le partage des recettes tirées des ressources comme élément de règlement des revendications, ont été bien accueillies par les autochtones.

La révision de la politique, en 1986, a laissé sur leur faim ceux qui auraient voulu qu'une distinction plus nette soit établie entre les revendications particulières et les revendications globales. C'est là un aspect important du litige qui oppose le gouvernement fédéral à la bande du lac Lubicon et qui fait couler beaucoup d'encre. Les Indiens du lac Lubicon ont été oubliés, en 1899, au moment des négociations du traité n° 8, et la promesse que le gouvernement fédéral leur avait faite en 1949 de leur procurer une réserve s'est perdue dans les retards et les controverses.

Un aspect fondamental du différend tient à la position qu'a adoptée le gouvernement fédéral: ce dernier soutient en effet que le traité n° 8 a entraîné l'extinction du titre de la bande du lac Lubicon, parce que le territoire auquel devait s'appliquer le traité englobe les terres des Indiens du lac Lubicon. Dans l'optique du gouvernement, la revendication de la bande du lac Lubicon est essentiellement une revendication aux termes d'un traité, et son obligation se limite donc à une indemnisation qui sera fixée conformément aux dispositions du traité de 1899. Les Indiens qui font partie de cette bande estiment, par contre, qu'un titre ancestral subsiste à l'égard de leurs terres et, qu'ils ont, de ce fait, une revendication globale pouvant faire l'objet d'un règlement plus large, à l'instar des ententes modernes.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Ceux qui s'intéressent aux affaires autochtones doutent fort qu'avec sa politique actuelle, le gouvernement fédéral puisse résoudre efficacement le problème des revendications territoriales non réglées, notamment dans les régions situées au sud du 60e parallèle. Un comité spécial de l'Association du Barreau canadien a d'ailleurs exprimé des doutes en ce sens dans un rapport publié en 1988 et intitulé Le droit des autochtones au Canada: Du défi à l'action. Par ailleurs, plusieurs observateurs ont demandé qu'on adopte une loi et qu'on forme un organisme indépendant chargé de surveiller et de faciliter le processus de règlement des revendications; à l'heure actuelle, le gouvernement fédéral administre lui-même toute cette question, par l'entremise du ministère des Affaires indiennes et du ministère de la Justice. Le Comité permanent des Affaires autochtones de la Chambre des communes prévoit examiner le processus de négociation relatif aux revendications particulières à l'automne de 1990 et, par la suite, d'examiner le processus de négociation relatif aux revendications globales.

C. La Loi constitutionnelle de 1982, par. 35(1)

À moins que la question des droits des autochtones n'évolue à l'échelle internationale, le sort des droits ancestraux au Canada dépendra des jugements rendus à l'égard des incidences du paragraphe 35(1) sur les pouvoirs législatifs des autorités fédérales et provinciales. Il est particulièrement intéressant d'examiner en quoi cette disposition a restreint la compétence conférée au gouvernement fédéral, aux termes du paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, en ce qui concerne "les Indiens et les terres réservées aux Indiens".

Le paragraphe 35(1) est ainsi libellé: "Les droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés". Le débat concernant les répercussions juridiques de cette disposition a été essentiellement axé sur l'interprétation des adjectifs "reconnus", "confirmés" et "existants".

La plupart des juristes et tous les tribunaux qui ont jusqu'à maintenant été appelés à se prononcer sur la question ont rejeté

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'hypothèse selon laquelle l'expression "reconnus et confirmés" traduit une simple reconnaissance des droits ancestraux et de ceux issus des traités, sans avoir d'effet juridique important ni supposer une protection aux termes de la Constitution. En général, de l'avis des tribunaux, l'article 35 offre une certaine forme de protection constitutionnelle de ces droits. D'habitude, les tribunaux s'appuient sur l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour dire qu'une disposition législative ou un règlement est inopérant s'il est incompatible avec un traité ou des droits ancestraux qui ne sont pas éteints. L'article 52 stipule en effet que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Quant au mot "existants", il a suscité une énorme polémique et entraîné des décisions contradictoires des tribunaux. Cependant, on semble généralement s'entendre sur le fait que l'adjectif "existants" s'applique aux droits ancestraux et à ceux issus des traités qui n'étaient pas éteints au moment de l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982 (le 17 avril 1982). En d'autres termes, les "droits existants -- ancestraux ou issus de traités" désignent les "droits ancestraux ou issus de traités non éteints". On établit habituellement une distinction entre un droit qui s'est éteint par suite de l'adoption d'une mesure législative et un autre qui a été suspendu ou que l'on a rendu impossible à exercer du fait de lois provinciales ou fédérales dûment promulguées. Plusieurs tribunaux ont accepté le critère proposé par le professeur Kent McNeil, selon lequel un droit existe si on peut le rétablir en abrogeant la loi ayant un effet sur lui. Cela signifie qu'un droit ancestral ou issu d'un traité que l'on n'a pas éteint, mais que l'on a simplement limité ou restreint au moyen d'une loi, est un droit existant au sens de l'article 35.

Le litige au sujet de l'article 35 porte d'abord et avant tout sur la question de savoir si les droits existants, qu'ils soient ancestraux ou issus de traités, demeurent ou seront assujettis à la réglementation passée ou future, ou si le paragraphe 35(1) a pour effet de rétablir ces droits dans leur forme originale. À ce propos, trois

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

interprétations distinctes de l'article 35 ont été proposées dans les ouvrages juridiques et sanctionnées par différents tribunaux.

1. La théorie des droits figés

La "théorie des droits figés" est celle qui a reçu le moins d'appuis des tribunaux et des milieux universitaires. Les tenants de cette théorie estiment qu'aux termes de l'article 35, les droits ancestraux et ceux qui sont issus des traités sont 1) inscrits tels qu'ils ont été modifiés et restreints par les lois et règlements en vigueur le 17 avril 1982, et 2) à l'abri de toute nouvelle atteinte que pourraient leur porter les règlements entrés en vigueur après le 17 avril 1982. Cela aurait pour effet d'enchâsser les restrictions apportées dans le passé aux droits ancestraux et risquerait d'empêcher tout changement à ces restrictions sans modification de la Constitution.

2. La théorie des droits d'origine

En vertu de cette théorie qui rallie un peu plus d'adeptes, l'article 35 rétablit les droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- dans leur forme originale et intégralement. Les règlements portant atteinte à ces droits, qu'ils soient passés ou à venir, sont inopérants ou le seront le cas échéant (R. c. Arcand et R. c. Flett).

3. Maintien des règlements pour des motifs raisonnables et valables

Considérée comme un compromis entre les deux positions extrêmes dont il est fait état ci-dessus, cette approche a été jusqu'à maintenant la plus populaire. Elle propose que les règlements passés et à venir ayant une incidence sur les droits ancestraux et sur ceux issus des traités soient examinés cas par cas, et qu'ils soient maintenus s'ils ont été promulgués en raison de considérations législatives valables, par exemple la conservation ou la sécurité. Les tenants de cette théorie estiment que les droits ancestraux n'ont rien d'absolu ni d'immuable et qu'ils doivent être traités comme tous les autres droits dans le cadre du système judiciaire canadien: ils sont eux aussi assujettis à un équilibre des intérêts et des valeurs lorsque des intérêts concurrents sont en cause (affaires Sparrow et R. c. Agawa).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Il existe une controverse fondamentale quant à la nature des droits ancestraux, controverse sous-jacente à la divergence de vues séparant les tenants de ces trois théories. La théorie des droits figés et celle du maintien des règlements s'accordent avec une vision selon laquelle ces droits sont des créations du droit établi, des droits ou des privilèges créés parce que la Couronne les a en quelque sorte reconnus ou consentis. La théorie des droits d'origine est plus compatible avec l'idée que les droits ancestraux sont des droits préexistants. En se fondant sur son analyse du droit international et de plusieurs décisions de la Cour suprême, le professeur Douglas Sanders soutient que la validité essentielle des droits ancestraux tire son origine de l'ordre qui régnait chez les autochtones avant l'arrivée des Européens. La solution de ce conflit aura des répercussions importantes sur la question de savoir si l'un ou l'autre des peuples autochtones du Canada détient une souveraineté résiduelle. La première cause entendue par la Cour suprême du Canada qui exige l'interprétation de l'article 35, a été l'affaire Sparrow c. R. à l'automne de 1988. Le 22 mai 1990, aucune décision n'avait encore été rendue.

La vaste majorité des poursuites engagées aux termes de l'article 35 consiste à déterminer la portée de l'article sur les droits ancestraux ou issus de traités relatifs à la chasse, à la pêche et au piégeage. Avant 1982, la Loi sur les Indiens fédérale rendait inapplicables les lois provinciales qui entraient en conflit avec les droits protégés par les traités. En cas de conflit entre un traité ou un droit ancestral et la loi fédérale, c'est le gouvernement fédéral qui l'emportait aux termes du paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867. En l'absence de droits issus de traités contradictoires, les règlements provinciaux d'application générale ont limité les droits des peuples autochtones de chasser à l'extérieur des réserves.

Le statut juridique des droits de chasse ancestraux ou issus de traités avant 1982 est mis en doute à bien des points de vue. L'article 35 en particulier a jeté le doute sur une règle déjà établie voulant que la loi fédérale ait préséance sur les droits issus de traités. Des décisions contradictoires ont été rendues et il n'y a aucun doute que la Cour suprême du Canada sera bientôt saisie de cette question.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Le paragraphe 35(3) revêt également de l'importance. Il dispose que sont compris parmi les "droits issus de traités", dont il est fait mention au paragraphe 35(1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. On considère que ces accords jouissent ainsi d'une vaste protection constitutionnelle. Le gouvernement fédéral estime que les questions d'autonomie politique doivent être négociées en dehors du processus de règlement des revendications pour éviter l'enchâssement "indirect" dans la constitution d'un droit à l'autonomie politique. Le Cabinet a réexaminé cette politique et l'a de nouveau confirmée en février 1990. Les accords sur les revendications négociées avec les Cris et les Naskapis en 1975 et en 1978 prévoient toutefois une négociation ultérieure sur l'autonomie politique pour les groupes en cause. Selon une décision de la Cour provinciale rendue au Québec dans l'affaire Eastmain Band c. Gilpin, la loi fédérale adoptée en vertu de ces accords, la Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec, a été enchâssée dans la Constitution et ne peut être remaniée qu'au moyen d'une modification à la constitution. Il est difficile de dire s'il est possible d'exclure les ententes sur l'autonomie politique de la protection offerte par les paragraphes 35(1) et (3) lorsque les négociations sur l'autonomie politique sont nettement reliées au processus de règlement des revendications.

Le paragraphe 35(2) dispose que l'expression "peuples autochtones" s'entend des "Indiens, des Inuit et des Métis". Voilà qui a compliqué encore plus le sens "d'Indiens" pour des fins constitutionnelles en général et en ce qui concerne le paragraphe 91(24) en particulier de la Loi constitutionnelle de 1867, qui confère au gouvernement fédéral la compétence sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens". En 1933, la Cour suprême du Canada a statué que le mot "Indiens" utilisé dans cette disposition inclut le peuple connu alors sous le nom de "Esquimaux", et que l'on appelle aujourd'hui "Inuit". Ainsi, il faut se demander si le mot "Indiens" au paragraphe 91(24) s'entend des Métis et des Indiens non inscrits. Le gouvernement abdique toute responsabilité pour les Métis depuis 1921 (lorsqu'une politique fédérale prévoyant l'octroi de terres et

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'argent aux Métis de l'Ouest en retour de l'extinction de leurs titres ancestraux a été menée à bonne fin).

D. Loi constitutionnelle de 1982, article 25

L'article 25 de la Loi constitutionnelle de 1982 dispose que le fait que la Charte des droits et libertés garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés -- ancestraux, issus de traités ou autres -- des peuples autochtones du Canada. Kenneth Lysyk a fait observer que la principale caractéristique de l'article 25, c'est qu'il ne vise pas à créer de nouveaux droits, mais plutôt à faire en sorte que les droits et les libertés des peuples autochtones qui existent indépendamment de la Charte ne sont pas pour autant restreints par celle-ci. On parle le plus souvent de l'article 25 comme d'un bouclier qui protège les droits autochtones contre les effets néfastes des droits conférés par la Charte; c'est-à-dire, comme une simple cause dérogatoire, qui n'a aucun effet juridique important sur les droits autochtones.

E. Loi constitutionnelle de 1982, art. 37 et 37.1

Les articles 37 et 37.1 de la Loi constitutionnelle de 1982 exigeaient la tenue d'une série de conférences constitutionnelles qui intéressaient directement les peuples autochtones du Canada et auxquelles des représentants des peuples autochtones seraient invités à participer. Seule la conférence de 1983 a permis d'apporter des modifications aux dispositions promulguées en 1982. Une modification (article 37.1) a fait passer le nombre requis de conférences d'une à "au moins deux conférences constitutionnelles". Deux paragraphes ont été ajoutés à l'article 35. Le paragraphe 35(3) dispose que "les droits issus de traités", dont il est fait mention au paragraphe (1) comprennent les droits existants issus d'accords portant règlement de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis; le paragraphe 35(4) dispose que "indépendamment de toute autre disposition de la présente Loi, les droits -- ancestraux ou issus de traités -- visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes". Le paragraphe 35.1, qui a

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

également été ajouté en 1983, prévoit qu'avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 ou des articles 25, 35 ou 35.1 de la Loi constitutionnelle de 1982, une conférence constitutionnelle à laquelle participeront les peuples autochtones devra être convoquée.

Comme on l'a déjà dit, les conférences n'ont pas permis de trouver un moyen d'enchâsser un droit des autochtones à l'autonomie politique, et aucune autre conférence n'a été prévue. Fait à signaler, le paragraphe 37.1 n'exclut pas la convocation d'autres conférences sur la question des droits des autochtones. Cette initiative reste à la discrétion du Premier ministre, sauf dans les cas prévus à l'article 35.1.

F. Perspectives interculturelles sur les droits des autochtones

Une large part du débat sur les revendications territoriales autochtones et la situation des autochtones sur le plan constitutionnel s'inscrit dans le cadre de l'élaboration d'une doctrine de commonlaw des "droits autochtones". Dans la collectivité autochtone, toutefois, certains se demandent s'il convient qu'un peuple autochtone tente de défendre ses intérêts juridiques et politiques collectifs au moyen d'une structure théorique conçue et régie par la collectivité non autochtone dominante. Dans un article publié en 1989 dans Canadian Woman Studies, Mary Ellen Turpel, avocate et professeur autochtone, se demande dans quelle mesure une doctrine des droits des autochtones découlant d'une tradition démocratique libérale est compatible avec les valeurs des peuples autochtones en matière de responsabilité à l'égard de la collectivité, de spiritualité, de territoire et de vie familiale et sociale. Elle se demande si le cadre juridique à l'intérieur duquel on discute actuellement des droits des autochtones ne sert pas seulement à restreindre les possibilités de reconnaître véritablement l'existence des peuples autochtones en tant que cultures distinctes et collectivités politiques qui ont le pouvoir de vivre sans réglementation ni surveillance extérieures.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

MESURES PARLEMENTAIRES

Le premier règlement moderne des revendications a été ratifié par une loi fédérale, la Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, S.C. 1976-1977, c. 32. La Convention du Nord-Est québécois qui règle les revendications foncières des Naskapis du Québec vient compléter la Convention de la Baie James et a été ratifiée par décret en 1978. La Convention définitive des Inuvialuit a été ratifiée par la Loi sur le règlement des revendications des Inuvialuit de la région ouest de l'Arctique, S.C. 1984, c. 24.

La mesure législative la plus importante des dernières années s'est révélée être la promulgation des dispositions constitutionnelles portant sur les droits ancestraux et issus de traités contenues dans la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.) 1982, c. 11 (articles 25, 35 et 37). Ces dispositions ont été ajoutées au moyen de la Proclamation de 1983 modifiant la Constitution.

CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

1725 - Conclusion du premier d'une série de traités de paix précédant la Confédération entre les peuples autochtones des Maritimes et le gouvernement colonial britannique.

1763 - La Proclamation royale de 1763 codifie une pratique coloniale de plus en plus répandue qui consiste à obtenir des Indiens qu'ils cèdent leurs terres avant qu'il y ait colonisation.

1867 - Promulgation du paragraphe 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 qui confère au gouvernement fédéral le pouvoir d'adopter des lois sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens".

1871-1921 - Négociation d'une série de traités numérotés importants concernant les provinces des Prairies et certaines parties de la Colombie-Britannique ainsi que l'Ontario et les deux territoires.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Années 1870 à 1921 - Une série de "Commissions métis" se déplacent avec les commissions aux traités pour trancher les revendications des Métis au titre ancestral en offrant à ces derniers un certificat de concession de terrains en tant que Métis.

1876 - Adoption de la première codification de la Loi sur les Indiens qui impose un système uniforme de gouvernement de bande assujetti au contrôle fédéral.

1889 - Dans l'affaire St. Catharines Milling and Lumber Co. c. La Reine, le Conseil privé statue que le titre indien en tant que "droit personnel de la nature de l'usufruit" ne peut être aliéné qu'à la Couronne.

1969 - Le gouvernement fédéral publie un Livre blanc dans lequel il recommande la suppression de toutes les distinctions juridiques entre les peuples indigènes et les autres Canadiens. La politique est entièrement rejetée par les peuples indiens qui affirment la validité de leur position constitutionnelle unique. Le gouvernement retire le Livre blanc.

- Le gouvernement fédéral annonce son intention de respecter ses obligations légales à l'endroit du peuple indien.

Années 60 et 70 - L'activité fébrile des Indiens à l'égard des revendications territoriales et d'autres questions entraîne divers changements à la politique fédérale des affaires autochtones et aux projets de recherche sur les revendications territoriales, dans tout le pays.

1973 - La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Calder c. le Procureur général de la Colombie-Britannique oblige le gouvernement fédéral à reconnaître dorénavant l'existence en common law du titre ancestral.

1973 - Le gouvernement fédéral annonce des politiques sur les revendications globales et particulières pour ce qui est des revendications fondées sur le titre ancestral non éteint, les droits issus de traités non respectés et d'autres obligations juridiques.

1974 - La Convention de la Baie James et du nord québécois vise à régler les revendications des Cris et des Inuits du nord du Québec. Les négociations ont été entamées avant l'annonce d'une politique des revendications globales.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Années 80 - Augmentation importante des poursuites relatives aux droits ancestraux. La Cour suprême, dans ses décisions, insiste sur le fait que les droits ancestraux sont des droits juridiques uniques qui peuvent avoir pour effet d'imposer une obligation au gouvernement fédéral.

1982 - Promulgation de la Loi constitutionnelle de 1982 qui comporte trois dispositions sur les droits ancestraux et issus de traités (articles 25, 35 et 37).

1983 - La Proclamation modifiant la Constitution augmente le nombre de conférences des premiers ministres sur les questions constitutionnelles intéressant les autochtones et modifie les dispositions de 1982.

1984 - Signature de la Convention définitive des Inuvialuit pour le règlement des revendications des Inuits de l'Arctique de l'ouest -- première et seule entente définitive conclue dans le cadre du processus des revendications globales.

1985 - Un groupe de travail fédéral chargé d'examiner la politique sur les revendications globales publie le rapport Traités en vigueur: ententes durables.

1986 - Le gouvernement fédéral annonce des modifications à sa politique des revendications globales.

1987 - Le Comité permanent des Affaires autochtones et du développement du Nord tient des audiences sur la politique des revendications globales, mais ne présente pas de rapport.

1988 - Un comité spécial de l'Association du Barreau canadien examine les droits ancestraux et fait 30 recommandations dans son rapport Droits autochtones: Un programme d'action.

1988 - La Cour suprême du Canada entend les arguments dans la première affaire concernant l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

1990 - Conventions définitives conclues avec les Déné/Métis des Territoires du Nord-Ouest et le Conseil des Indiens du Yukon au sujet de leurs revendications globales. Entente de principe conclue avec la Fédération Tungavik à Nunavuk (Est de l'Arctique).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Aki-Kwe/Mary Ellen Turpel. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter of Rights and Freedoms." Canadian Woman Studies, 10:149, été/automne 1989.

Association du Barreau canadien. Le droit des autochtones au Canada: Du défi à l'action. Ottawa, 1988.

Cumming, Peter et Neil Mickenberg, éd. Native Rights in Canada. 2e édition. Toronto, Indian-Eskimo Association and General Publishing Co., 1972.

McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal People of Canada." (1982) 4 Supreme Court Law Review, p. 254-265.

Ministère des Affaires indiennes et du Nord. Dossier en souffrance: Une politique des revendications des autochtones. Ottawa, Approvisionnements et Services, 1982.

Ministère des Affaires indiennes et du Nord. Traités en vigueur: Ententes durables (Rapport du Groupe de travail chargé d'examiner la politique des revendications territoriales globales). Ottawa, 1985.

Ministère des Affaires indiennes et du Nord. La politique des revendications territoriales globales. Ottawa, Approvisionnements et Services, 1987.

Morse, Brad, éd. Aboriginal People and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada. Ottawa, Carleton University Press Inc., 1985.

Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada (Sections 25 and 35)." The Canadian Charter of Rights and Freedoms. Sous la direction de G.A. Beaudoin et E. Ratushny. Toronto, Carswell, 1989, p. 707-738.

Weaver, Sally. Making Canadian Indian Policy the Hidden Agenda, 1968-70. University of Toronto Press, 1981.

CAUSES

Calder c. Le Procureur général de la Colombie-Britannique [1973] S.C.R. 313.

Canadian Pacifique Ltée c. Paul [1989] 1 C.N.L.R. 47, [1988] 2 S.C.R. 654.

Guerin c. La Reine [1984] 2 S.C.R. 335.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Hamlet Lake c. Le ministère des Affaires indiennes (1978), 87 D.L.R. (3d) 342.

La Reine c. Agawa [1988] 3 C.N.L.R. 73, Cour d'appel de l'Ontario.

La Reine c. Arcand [1989] 2 C.N.L.R. 110, Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

La Reine c. Flett [1989] Jugement du Manitoba n° 416, 1er septembre 1989.

Noweqijick c. La Reine [1983] 1 S.C.R. 29.

Simon c. La Reine [1985] 2 S.C.R. 387.

Sparrow c. La Reine 9 B.C.L.R. 300, décision de la Cour d'appel de la C.-B. portée en appel devant la Cour suprême du Canada.